

***EL CUMPLIMIENTO DE LOS FINES DEL ESTADO EN CONTRAPOSICION A LA  
RIGUROSIDAD EN LA CONTRATACION ESTATAL***

***GISELA YASBLEIDY SALAMANCA SILVA***

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**DIRECCIÓN DE POSGRADOS**

**ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO SANCIONATORIO**

**Bogotá, Colombia**

**2015**

## **EL CUMPLIMIENTO DE LOS FINES DEL ESTADO EN CONTRAPOSICION A LA RIGUROSIDAD EN LA CONTRATACION ESTATAL**

**POR:** GISELA YASBLEIDY SALAMANCA SILVA

### **RESUMEN**

El objetivo central de este artículo es efectuar una ponderación de la rigurosidad que se exige a las entidades públicas al someter la adquisición de bienes y servicios a las formalidades que demanda la contratación estatal que deben ser cumplidas con especial cuidado con todo lo que implica sancionatoriamente para un servidor público encargado de llevar a cabo los procesos contractuales la omisión de cualquier mínimo detalle exigido en las leyes, normas y decretos que regulan el tema, esto contrapuesto a los principios constitucionales, normativos y jurisprudenciales que consagran la necesidad del cumplimiento del servicio público de manera eficaz y pronta, de la atención de aquellas necesidades que requieren ser suplidas y que como la experiencia lo enseña, muchas veces deben aplazarse o dejarse de atender por las restricciones impuestas por el sinnúmero de requisitos formales que se exigen.

**Palabras clave:** Fines del estado, principios, contraposición, rigurosidad, formalidades.

## **THE FULFILMENT OF THE PURPOSES OF THE STATE IN CONTRA-POSITION TO THE STRICT IN THE TRADE STATE**

**BY: GISELA YASBLEIDY SALAMANCA SILVA**

### **ABSTRACT**

The objective central of this article its to make a pondering of the strict which requires to the public entities by subjecting the acquisition of belongins and services to the formalities that it required the trade trade state that should to be fulfilled with special care with everything which implies sanctionment for the public server in charge of contractual processes the omission of any minimum detail required in the laws , rules and decrees that to regulate the theme, this in opposed to the constitutional principles, regulatory and case law that enshrined the need of fulfillment of public service in an effectively and pront of the attention of those needs to required to be supplied that how to teach, many times postponed or be set to attend for the restrictions for the without number of formal requirements which requires.

**Keywords:** purposes state, principles, contra-position, strict, formalities.

## INTRODUCCIÓN

En el desarrollo del presente artículo se abordara la temática relacionada con el cumplimiento de los requisitos contemplados en la Constitución Política, la Ley, las normas, decretos reglamentarios y disposiciones relacionados con la etapa precontractual y contractual, que deben ser observados por las entidades estatales para la adquisición de bienes y servicios, las consecuencias derivadas de la omisión de alguno de ellos desde el punto de vista sancionatorio en varios ámbitos de aplicación como el Derecho Disciplinario, Penal, de responsabilidad fiscal, y para esto se desarrollara el marco conceptual teórico, jurídico y jurisprudencial con el propósito de poner en contexto el análisis planteado cual es la contradicción que existe para el estado entre el deber que tiene de hacer efectivo el cumplimiento de los fines estatales versus las formalidades exigidas para someter la adquisición de bienes y servicios a la contratación pública con las implicaciones que tiene el desconocimiento o desatención de las mismas en todos los ámbitos de aplicación del Derecho Sancionatorio y de igual formar significar los posibles mecanismos que permitan que el estado pueda servir a la comunidad de manera oportuna pero también transparente.

El análisis se centra en el cumplimiento de los fines del estado por lo que se tendrá como base de estudio la Constitución Política, pues en esta se sustenta todo el ordenamiento jurídico y de la misma se originan igualmente los principios sobre los cuales reposa la contratación estatal, es por esto, que dentro del presente artículo se estudiaran de manera crítica algunos de esos principios haciendo igualmente una ponderación y diferenciación poniéndolos en contexto del Derecho Sancionatorio.

## CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Al tenor de lo establecido en el Título XII, Capítulo II de la Constitución Política de Colombia que consagra la planeación en los organismos del Estado, en armonía con la Ley 152 de 1994, y los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el Decreto 1082 del 2015 que conforman el cuerpo normativo que obliga a los servidores públicos a someter la contratación pública a los requisitos de planificación y ejecución que permitan el adecuado manejo del gasto público, y de otro lado, la satisfacción de las necesidades públicas y con ello el adecuado funcionamiento de los servicios públicos inmersos dentro de la administración estatal.

La Constitución Política de 1991 señala los principios orientadores de la función pública cuales son la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones, lo que en principio le permite al Estado cumplir sus fines a través de figuras como la contratación pública.

A su vez el artículo 2° de la Constitución Política de Colombia señala: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; (...)”.

En virtud de esos fines, el estado colombiano debe procurar a sus habitantes servicios de carácter público como la salud, vivienda, trabajo, educación, seguridad, entre otros, a través de la creación de diferentes instituciones que se encarguen de proveer todos y cada uno de los servicios de manera permanente, oportuna y eficaz; al promover la prosperidad general, el estado tiene como objetivo actuar como protector, vigilante, interventor y agente de desarrollo velar por que la economía de sus habitantes vaya en ascenso constantemente o por lo menos goce de estabilidad, facilitando igualmente la participación en la vida económica como lo anota la misma disposición constitucional en el entendido de que su prioridad debe encaminarse a generar empleos y crear mecanismos efectivos en el avance del crecimiento económico del país y la participación activa de la sociedad en la economía colombiana.

El estado debe garantizar la efectividad de los principios, esto referido a que todas las personas pueden exigir el cumplimiento de los mismos en cualquier tiempo y bajo cualquier circunstancia; garantizar la efectividad de los derechos y deberes consagrados en la Constitución lo que comprende que por un lado el ciudadano tiene el deber de cumplir con sus obligaciones y al mismo tiempo el estado debe garantizar que se respeten y se cumplan los derechos situación que crea confianza entre las partes y facilita la convivencia; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan siendo un derecho y a la vez un deber materializado en las elecciones populares; facilitar la participación en la vida política es un desglose del anterior y hace referencia a la importancia de decidir mediante la elección de gobernantes el futuro de la nación, departamento o municipio.

Así también, facilitar la participación en la vida administrativa consistente en la responsabilidad en cabeza del estado en administrar bien los recursos, invirtiendo en viviendas que mejoren la calidad de vida, hospitales e instituciones prestadoras de salud, colegios y universidades públicas, construcción de espacios recreo deportivos y culturales, mejoras en carreteras para optimizar la movilidad vial, inversión en infraestructura pública, mayor cobertura

en los servicios de salud y educación principalmente y en general todas aquellos aspectos que justifiquen lo que se cobra en materia de impuestos que le permitan al ciudadano tener confianza en el estado que lo representa.

Como se observa, son un conjunto de aspectos los que debe observar el Estado Colombiano para lograr el cumplimiento de esos fines establecidos constitucionalmente para lo cual existen mecanismos legales normativos y jurisprudenciales para alcanzar ese propósito, ahora bien lo que se plantea a manera de reflexión es qué tanto dinamismo y efectividad han tenido esos mecanismos para lograr esos cometidos, cuando al mismo tiempo se han incluido dentro de ese marco legal exigencias de carácter formal en ocasiones excesivas como es el caso de la contratación estatal y su “excelso contenido jurídico” al mismo tiempo que en ejercicio del poder punitivo que le atañe al estado se han creado igualmente tipos penales y disciplinarios susceptibles de sanciones severas, estos originados en la actividad contractual.

### **Análisis normativo y jurisprudencial en la contratación estatal y en el Derecho Sancionatorio**

Como primer punto, referente a los antecedentes de la contratación estatal en el estado Colombiano encontramos que la inclusión del primer estatuto de la contratación surgió en como respuesta a la necesidad del estado mismo en intervenir en aquellos negocios que involucraban los intereses generales de los ciudadanos, existiendo cada vez más interesados en contratar con el estado, adquiriendo este una estructura aún más administrativa y así mismo presentándose un gradual crecimiento de la actividad contractual como modalidad preponderante de la función administrativa (VEGA DE HERRERA, Mariela y ORDOÑEZ MALDONADO, Alejandro. Contratación Estatal, Editorial Temis, Santa Fe Bogotá, 1999 (pág. 2), a la par con el nacimiento del Derecho Disciplinario en la Constitución Política de 1991 en particular en los artículos 6° que señala una diferenciación de la responsabilidad en cabeza de los particulares de la de los

servidores públicos, artículo 126 de la misma que se refiere a la responsabilidad de estos últimos y artículo 275 se señala las funciones de la Procuraduría General de la Nación como entidad suprema del Ministerio Público.

De esta manera la normatividad existente en materia de Contratación Estatal así como el Derecho Disciplinario se han enfocado en sancionar las conductas desplegadas del ejercicio de la función pública y con el tiempo han venido evolucionando y se han vuelto más especializadas y reglamentadas y con ello aún más rigurosas dificultando en algunos casos la eficiencia y celeridad del estado como lo desarrollaremos más adelante desde la argumentación teórica y práctica basada en la experiencia en el ejercicio de la actividad contractual a través de la exposición de casos fallados disciplinariamente.

De un lado el Código Disciplinario único, ha sido generoso en incluir en materia contractual tipos dirigidos a sancionar las actuaciones u omisiones de los servidores públicos o particulares que ejercen función pública, es así que prescribe en el artículo 23 lo siguiente: “constituye falta el incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses” (Ley 734 de 2002, art. 23), siendo este un tipo en blanco que se remite a otras disposiciones legales como las establecidas en la Ley 80 de 1993, Decreto 1150 de 2007, Decreto 1082 de 2015 por mencionar algunos.

En la precitada normatividad se incluyeron unos tipos específicos cerrados en las cuales se señala taxativamente algunas actividades relacionadas directamente con la actividad contractual (Ley 734 de 2002, art. 48, n. 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 41 y 51), y que su desconocimiento o infracción constituyen falta gravísima y que conllevan en la mayoría de los casos a infracciones también al Derecho Penal.



De otro lado (Ley 1474 de 2011, art. 27 y 34), establece igualmente medidas sancionatorias relacionadas con el ejercicio de actividades contractuales; del mismo estatuto en donde se refiere a la responsabilidades de los supervisores e interventores de los contratos estatales, quienes siendo particulares asumen grandes compromisos con la administración; el capítulo VII que contiene Disposiciones para prevenir y combatir la corrupción en la contratación pública dirigidas especialmente al trabajo de supervisores e interventores.

Por su parte, el código Penal tipifica en su capítulo V del título XV del libro II los hechos relativos a la celebración indebida de contratos, emanados por supuesto del cumplimiento de los principios legales y constitucionales que rigen la contratación pública y en particular los señalados en el artículo 209 de la Constitución Política y los artículos 24 a 29 de la Ley 80 de 1993, la tipificación de las conductas derivadas del ejercicio contractual se encuentran descritas en los artículos 408, 409 y 410 del Código Penal y se refieren respectivamente a las conductas originadas en la violación del régimen legal y constitucional de inhabilidades e incompatibilidades las cuales a su vez se encuentran descritas taxativamente en la Ley, conducta que es sancionada también por la ley disciplinaria; interés indebido en la celebración de contratos originado como respuesta a la obligación del estado de observar en todas las etapas pre contractuales y contractuales el cumplimiento de los principios de objetividad y transparencia; y celebración del contrato sin cumplimiento de los requisitos legales conducta referida al desconocimiento con o sin intención en la etapa precontractual, contractual y post contractual sin la verificación de esos requisitos (ROA SALGUERO, 2009).

En materia de responsabilidad fiscal la Ley también ha fijado sanciones relativas al ejercicio de la función pública en materia contractual, así la ley establece que las contralorías sí pueden ejercer control fiscal sobre los contratos estatales, en dos momentos, a) una vez concluidos los

trámites administrativos de legalización de los contratos y b) una vez liquidados o terminados los contratos. El artículo 44 de la Ley 610 del 2000 permite que se vincule a los garantes de responsabilidad contractual y extracontractual a quienes embarga previamente por el valor de las pólizas de cumplimiento constituidas.

Como se observa, el Derecho Sancionatorio ha sido magnánimo en crear diferentes sanciones dirigidas a quienes ejercen funciones administrativas contractuales encontrándose que en muchos casos respecto de una misma conducta se deriva la comisión de varias faltas disciplinarias, penales y fiscales, lo cual podría en determinado momento recaer en un posible desconocimiento del derecho Constitucional Fundamental al debido proceso al juzgar a los funcionarios públicos encargados de ello, a los contratistas o a sus garantes disciplinaria, fiscal y penalmente justificando ese despliegue de “aplicación de la justicia” bajo la argumentación de que se está en el ejercicio el poder punitivo del estado expresado a través de las disposiciones contenidas en los artículos 6, 122 123 y 209 de la norma superior por mencionar algunos y castigando así desde todos los ámbitos sin analizar a fondo dentro del mismo contexto todas y cada una de las circunstancias que rodean la presunta comisión de la falta y ponderado esos aspectos con la eficiencia del servicio que debe prestar el estado a través de sus representantes.

Cobra relevancia en este punto la razón de ser del poder punitivo del estado el cual se encuentra expresado en la potestad punitiva disciplinaria dirigida a los servidores públicos que desarrollan su labor en el ámbito público por lo que necesariamente debe abordarse también el tema las relaciones especiales de sujeción que hacen parte fundamental del derecho sancionatorio y las cuales hacen que según algunos tratadistas (Así, Gómez Pavajeau Carlos Arturo en: Derecho Disciplinario Sustancial, Especial y Formal, Tomo I Derecho Sustancial Mejía Ossman Jaime (pág. 91 y s.s) “ que el derecho sancionatorio no pueda ser interpretado y aplicado desde la misma perspectiva constitucional”. Según intérpretes de esta compleja materia, al derecho disciplinario hay que comprenderlo desde el panorama constitucional con limitaciones, así nos lo

indica la jurisprudencia Colombiana cuando señala “Todo servidor público por el hecho de serlo queda sometido automáticamente a un régimen disciplinario según los términos previstos por la constitución y por la Ley y el fundamento de su aplicación en subjetivo, pues tiene lugar con motivo y a partir de su investidura correspondiente radicada en el sujeto (Sentencia C-893/03, página 138).

Es importante también comprender el fundamento de la imputación disciplinaria la cual consiste en la necesidad que tiene el estado de garantizar que se cumplan los fines estatales establecidos en la Constitución Política principalmente, lo cual le impone un sentido al ejercicio de la función pública por las autoridades; de allí que la antijuricidad de la falta disciplinaria remita a la infracción sustancial del deber funcional a cargo del servidor público o del particular que cumple función pública (Sentencia C-104/04, pag. 139).

Así las relaciones especiales de sujeción se convierten en el mecanismo con el que cuenta la administración pública para garantizar el correcto funcionamiento de la misma, el cumplimiento de los fines estatales a través de la imposición de sanciones a sus funcionarios.

La potestad sancionadora del estado se encuentra expresada a través principalmente del derecho Disciplinario, “esta permite asegurar la realización de los fines del estado, al otorgarle a las autoridades administrativas la facultad de imponer una sanción o castigo ante el incumplimiento de las normas jurídicas que exigen un determinado comportamiento a los particulares o a los servidores públicos, a fin de preservar el mantenimiento del orden jurídico como principio fundante de la organización estatal” (Sentencia C-818/05).

Sin embargo, lo que se observa a grandes rasgos dentro de ese ejercicio de la potestad punitiva del estado con miras a lograr la efectividad de la función administrativa en materia contractual, es que esas relaciones especiales de sujeción se encuentran aún más intensificadas en este campo pues se sanciona más severamente las conductas desplegadas de la actividad contractual ya sea porque se actúa dolosamente con la intención de afectar el buen y correcto funcionamiento de la administración o por desatención de requisitos de manera culposa, lo cual en comparación con otras conductas se sanciona más severamente no solo desde el punto de vista disciplinario si no igualmente fiscal y penal.

Como lo veremos a continuación la Ley en materia contractual ha establecido para la adquisición de bienes y servicios un sinnúmero de requisitos y formalidades sin los cuales no se verificaría la observancia de los principios que rigen la actividad contractual y por consiguiente con la omisión de los mismos se recaería en falta susceptible de sanción.

De entrada la Ley 80 de 1993 introdujo una serie de requisitos para las entidades que deseen contratar con particulares o con entidades estatales la adquisición de bienes y servicios dentro del cumplimiento de tres principios a saber: el de transparencia, economía y responsabilidad y para ello creo unas modalidades que le permiten a las entidades y entes descentralizados la escogencia de sus contratistas mediante unos procedimientos los cuales se encuentran más ampliamente desarrollados en la ley 1150 de 2007 y se refieren a la licitación pública, Selección Abreviada, Concurso de Méritos, Invitación publica de mínima Cuantía y de manera excepcional la contratación directa la cual permite en cierta medida la omisión de ciertos requisitos como el de la publicidad pues en este no existe tal rigurosidad en la escogencia de la persona ya sea natural o jurídica que ha de prestar el servicio.

Luego en el decreto reglamentario 1082 del 2015, se tienen que en el desarrollo de cada una de las modalidades de contratación se hace necesario tener en cuenta una serie de factores como los análisis técnicos del sector en el cual se va a contratar, así como un análisis económico, lo que demanda por supuesto una planeación previa que implica que se invierta bastante tiempo demorando inevitablemente la atención material al cumplimiento del servicio o acceso al bien de disposición final públicos, sumado al hecho de que una vez la entidad convocante cumple con estas formalidades que exige la ley, ahora además debe verificar que la posible persona que va a ejecutar el contrato cumpla con todos y cada uno de los requisitos que no solo están fijados por la Ley si no igualmente deben ceñirse a los que también previamente ha debido fijar la entidad.

De otro lado, tenemos otro aspecto que debe tener en cuenta el funcionario designado para atender los asuntos contractuales y es que cada bien o servicio que vaya a adquirir la entidad debe estar enmarcado dentro del plan de desarrollo ya sea de la Nación, Departamento o del Municipio el cual por supuesto debe estar construido sobre la base del Plan de Ordenamiento Territorial en los planes sectoriales como el de la salud, la educación, el Plan de Gestión de riesgo, entre otros de lo cual también se desprende que cada entidad para poder contratar no solo debe ceñirse estrictamente a lo ya establecido en la Ley, normas y decretos reglamentarios si no igualmente a lo consignado en el Plan Operativo anual de inversiones o plan anual de adquisiciones emanado del Plan de Desarrollo precitado. El mismo debe estar previamente elaborado y que debe incluir todos y cada uno de los bienes y servicios a contratar, debe igualmente publicarse en el Sistema Electrónico de Contratación Pública SECOP y al mismo debe sujetarse la entidad para no recaer en posibles conductas constitutivas de faltas.

Además, para el caso particular de los Municipios existe otro aspecto más que se debe observar y es el previsto en la Ley 136 de 1994 “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios” (Ley 1551 de 2012, art. 32) en concordancia (Constitución Política, 1991, art. 313 n.3), los Municipios deben someter el

ejercicio de la actividad contractual a las decisiones de los Concejos Municipales. Así también de esta facultad se encuentra revestida a la Asamblea Departamental (Constitución Política, 1991, art. 300), escenario que en muchas ocasiones limita la discrecionalidad de los funcionarios para tomar decisiones que conciernen a la atención de necesidades básicas que deben ser atendidas de manera casi que inmediata y que deben aplazarse más aun cuando en varios casos la burocracia y los intereses políticos se anteponen a las prioridades del servicio público entorpeciendo el cumplimiento de los fines estatales por quienes tienen la importante labor de llevarlos a cabo, bajo su responsabilidad.

Otro punto importante que encontramos referido al tema contractual como herramienta para alcanzar esos fines del Estado es el que constituye uno de los ejes centrales de este artículo y es el relacionado con la existencia de los principios sobre los cuales reposa la Contratación Estatal y que se abordan desde la perspectiva Constitucional los cuales según algunos doctrinarios (ATEHORTUA RÍOS, HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, & OSPINA M, 2010), orientan la actividad de los funcionarios públicos en el área contractual.

Teniendo en cuenta que hay una variedad extensa que se encuentran en la Norma de normas, se hará hincapié en algunos, realizando una mención y breve reflexión respecto de los que a mi juicio resultan relevantes y de utilidad para extraer las principales reflexiones referidas a las posibles contradicciones que pueden llegar a presentarse entre el deber que posee el estado de actuar con prontitud en el cumplimiento de sus fines y atención de las necesidades que demandan una acción inmediata esto contrapuesto con las formalidades legales que se exigen a través de la contratación de bienes y servicios sumado otro ingrediente cual es la rigurosidad en la aplicación del Derecho Sancionatorio frente a la comisión de faltas nacidas en la actividad contractual.

En lo que atañe a la potestad sancionadora de la administración a través del control ejercido por el derecho disciplinario encontramos que esta busca particularmente asegurar el cumplimiento de los principios que regulan el ejercicio de la función pública como lo son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (Constitución Política, 1991, art. 209).

Nos referiremos a algunos Principios Fundamentales de la Contratación Estatal (ATEHORTUA RÍOS, HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, & OSPINA M, 2010, págs. 79-97), sobre los que se enfoca el análisis en el presente artículo y se pasan a analizar a continuación:

Principio de la Buena Fe exigida a quienes participan en los diferentes procesos contractuales, de origen Constitucional (Constitución Política, 1991, art.83), y desarrollo legal y normativo desde el Derecho Privado (Código Civil y de Comercio) y en el Derecho Público cuando señala que también la buena fe se presume respecto de los particulares que adelanten actuaciones ante las autoridades administrativas, la buena fe se debe pregonar tanto del particular que pretende contratar como de la autoridad quien debe observar rectitud honestidad y todas aquellas cualidades que rodean el principio de la buena fe en el momento de fijar las directrices que orientaran el proceso de selección de los contratistas, en este principio cobra vital importancia la disposición contenida en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 cuando se refiere a la no exigencia de formalidades (Ley 80 de 1993, art.25, n.15), desconocida por muchas entidades, que por el contrario convierten el proceso de selección en un trámite engorroso en donde termina primando lo formal sobre lo sustancial, situación reflejada en los numerosos requisitos que imponen las entidades públicas en los requisitos habilitantes jurídicos, administrativos y financieros en los pliegos de condiciones que pasan por alto este principio cuando fijan el cumplimiento de parámetros de imposible cumplimiento o que inducen a errores a los posibles participantes y hacen del proceso de escogencia un trámite dificultoso y de acceso muy limitado.

El principio de economía (Ley 1437 de 2011, art. 3, n.12), igualmente previsto en la actividad contractual entendido como la necesidad de que los procesos contractuales se desarrollen en el menor tiempo posible con la menor cantidad de tramites e inversión de recursos económicos, que sean pronto, ágiles, que no se exija en los mismos requisitos innecesarios, formalidades que limiten el actuar tanto de la entidad como del particular y que entorpezcan el cumplimiento de los fines estatales a través de la prestación del servicio y/o la atención de las necesidades públicas.

Puede decirse respecto de este principio que pese a que la misma ley lo fija y lo define claramente y a que los tratadistas también señalan que las normas que precisan los parámetros de selección contractual deben estar encaminados a agilizar los procesos (ATEHORTUA RÍOS, HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, & OSPINA M, 2010) “Temas en contratos estatales” Capítulo Fundamentos Constitucionales Principios y Reglas de interpretación de la Contratación Estatal., (pág. 94), se contraponen otras directrices establecidas también en normas reglamentarias como el Decreto 1082 de 2015 en donde se fijan unos requisitos para escoger los contratistas y se establecen disposiciones como las establecidas por los manuales constantemente modificados por Colombia Compra Eficiente así como las frecuentes circulares que se emiten determinando para las entidades la exigencia de ciertos requisitos en sus pliegos de condiciones.

El principio de celeridad cuyo origen se encuentra en el artículo 209 de la Constitución Política (Constitución Política, 1991, art. 209), el cual también se debe observar en la actividad contractual que tiene relación directa con el principio de la economía e implica por parte de las entidades a cargo de contratar bienes y servicios prontitud en sus actuaciones sin dilaciones, de manera diligente eliminando trámites innecesarios. Este principio resulta convirtiéndose en un importante refuerzo a los principios de la buena fe el sentido que permite al ciudadano verificar



que las autoridades administrativas mediante mecanismos rápidos y seguros puedan tener esa confianza de que el estado está actuando bien; así también constituye un refuerzo al principio de economía en el cual hice hincapié en el párrafo anterior y que en ultimas permite que el proceso pre contractual y contractual al ser más rápido, mas practico también se convierta en un proceso más económico tanto para la administración como para los particulares que pretenden contratar con estado.

Solo a través del cumplimiento de los anteriores principios enunciados, desde mi punto de vista, se puede llegar a la materialización del principio de eficacia originado también en el artículo 209 de la Constitución Política y sobre el cual reposa el cumplimiento de los fines de la contratación (Ley 80 de 1993, art.3), y por supuesto de los fines del estado (Constitución Política, 1991, art. 2), que constituyen la base de estos y que instituyen un refuerzo más a los principios antes enunciados porque permite que el estado en su labor de llevar a cabo la prestación de servicios públicos esenciales como la salud, la educación, el acueducto, el alcantarillado, por mencionar algunos, observe actuaciones prontas, continuas, oportunas con la menor exigencia de requisitos puramente formales que obstaculicen el actuar de la administración.

Este principio permite al estado actuar con celeridad, economía y buena fe con miras al cumplimiento de esos fines estatales de los cuales tanto énfasis se ha hecho en el presente artículo, esto dentro del marco de la actividad contractual y a la vez le permite al estado y al contratista tener la claridad que al suscribir contratos y ejecutarlos se esta es en desarrollo de la función administrativa la cual debe buscar exclusivamente el cumplimiento de esos fines y no el atender interés particulares lo cual necesariamente nos lleva a referirnos también al “principio de transparencia”.

El precitado principio tiene también origen constitucional y obedece a la primacía del interés general sobre el particular, es uno de los más importantes en materia contractual y sobre el cual se hace especial énfasis si echamos un vistazo a los tipos cerrados en la ley 734 de 2002 a los cuales me referí en páginas anteriores así como a los tipos penales desplegados de la actividad contractual sobre los cuales también ya se hizo referencia, se encuentra que la mayoría se desprenden de la violación a este principio el cual tiene su razón de ser igualmente en el hecho de que los bienes y servicios públicos que se pretenden adquirir o contratar provienen de la inversión de recursos públicos cuya fuente proviene directamente de los ciudadanos en recaudo de impuestos por ejemplo, motivo por el cual requieren ser destinados con la mayor pulcritud de donde se desprende otro importante principio que es el de publicidad y el cual en materia contractual le permite a los ciudadanos estar al tanto de las actuaciones del estado en los procesos contractuales, entiéndase desde la etapa precontractual hasta la liquidación de los mismos.

Así también el principio de selección objetiva señalado en la Ley 80 de 1993 desarrollado por la Ley 1150 de 2007 emanado de la disposición constitucional que señala la prevalencia del interés general sobre el particular y que obedece también a la necesidad de que las actuaciones del estado estén revestidas de transparencia, buena fe en las actuaciones de la administración, como sucede en el principio señalado en el párrafo anterior. Con este se pretende igualmente proteger el patrimonio económico escogiendo la mejor propuesta a través de los diferentes mecanismos de selección (licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos etc.) y mediante los cuales no se escoge la más económica o más barata si no que se tiene en cuenta la más favorable que implica la evaluación de una serie de factores jurídicos financieros por mencionar algunos previamente estatuidos por la entidad en sus pliegos de condiciones.

Por último, me referiré al principio de moralidad administrativa que es otro que se debe observar en la contratación pública, cuyo origen lo encontramos en el artículo 209 de la

Constitución Política sobre el cual reposan la mayoría de principios que debe aplicar el estado y se refiere a que las actuaciones que desarrolla el funcionario público en la etapa pre contractual durante el proceso de selección del contratista, ejecución del contrato mismo y liquidación deben estar orientadas al desempeño de las funciones públicas principalmente dentro del estricto cumplimiento del ordenamiento jurídico. Este igualmente constituye un pilar en la protección del interés general, patrimonio público y refuerza los principios de igualdad, imparcialidad y transparencia como quiera que la moralidad administrativa obliga actuar exclusivamente primero en cumplimiento de los fines últimos del estado y por supuesto del respeto del ordenamiento jurídico.

Recapitulando los principios señalados y desarrollados anteriormente se infiere que básicamente estos fundamentan la hipótesis inicialmente planteada pues como observamos algunos tienen su razón de ser en la efectividad que debe observar el estado en sus actuaciones administrativas contractuales con miras a prestar oportunamente los servicios públicos a la comunidad, en la atención de sus necesidades básicas.

Pues sí que el principio de la buena fe, economía celeridad y eficiencia que coinciden todos en que lo primordial debe ser el propender por que los fines del estado se materialicen sin dilaciones y sin entramientos como requisitos formales innecesarios que demoren los tramites contractuales, eso de un lado, y en el otro lado de la balanza aquellos principios que también demandan el cumplimiento de estos fines pero dirigidos más concretamente como control de la actividad contractual de la administración con miras a proteger principalmente el interés general, el patrimonio público, la igualdad de condiciones de los ciudadanos esto representado en principios como el de transparencia, publicidad, objetividad, moralidad administrativa y que permiten que las actuaciones de los funcionarios públicos en materia contractual sean lo más pulcras posibles y le permitan también a los ciudadanos tener una confianza en las entidades que los representan.

Este es el ideal que se ha querido por lo menos alcanzar con la creación de leyes normas y decretos reglamentarios en materia contractual, pero que como se observa en la práctica solo han llevado a que los procesos contractuales cada vez contengan más límites tanto para las entidades, para los ciudadanos que pretenden celebrar contratos con el estado e igualmente a los ciudadanos que se deberían beneficiar con la contratación de esos bienes y servicios.

Por el contrario, no hay prueba absoluta de que la creación de tantos requisitos formales y cada vez más numerosos constituyan un freno a los actos de corrupción, este es un problema que le concierne al verdadero control político que deben ejercer las entidades con potestad para ello y no de ausencia de requisitos o reglamentación en la actividad contractual, lo que se observa es que pese a que constitucionalmente se crearon principios orientados a que los contratos estatales fueran transparentes y a que el poder legislativo ha hecho esfuerzos por crear mecanismos que permitan el acceso igualitario a los ciudadanos a las oportunidades de contratar con el estado a través de la expedición de leyes como la Ley 80 de 1993, ley 1150 de 2011 y los diferentes decretos que han reglamentado estas últimas, no han logrado cumplir con uno de los propósitos iniciales de que se materializara realmente el ejercicio de la función administrativa y los fines del estado, lejos de servir como mecanismo de control y un límite a la corrupción se ha convertido muchas veces en un impedimento para que las entidades públicas sean eficientes.

Con la cantidad de requisitos formales que deben cumplir y hacer cumplir se hace mucho más dificultoso el atender a las necesidades básicas como cuando se requiere contratar para la prestación de servicios esenciales como la salud y la educación, estos que no dan espera pues en ellos está inmerso de manera muy evidente la dignidad del ser humano.

A estos requisitos puramente formales y muchas veces innecesarios se agrega la rigurosidad como ya se estudió, que en materia sancionatoria existe a la hora de castigar y penalizar las actuaciones administrativas contractuales. La legislación Colombiana en su lucha por atacar los actos de corrupción que desmedran principalmente el erario público y por supuesto los intereses de los ciudadanos y su confianza en el estado como se mencionaba, ha adoptado varios mecanismos sancionatorios desde el punto de vista disciplinario, penal, fiscal incluso contravencional con el propósito de por un lado condenar las malas actuaciones de quienes en representación del estado infringen de manera dolosa los principios constitucionales máxime cuando son ellos quienes deben propender por darle estricto cumplimiento a los fines del estado, además de pretender sentar un precedente para prevenir nuevos actos en contra de la moralidad administrativa, y de los fines que rigen la contratación pública emanados de los fines constitucionales que el estado debe procurar por proteger, promover y hacer efectivos.

Pues bien, no se discute el hecho de que se haya creado esa extensa normatividad con esos propósitos, lo que se presenta como crítica y a la vez tema de reflexión, es el hecho de que con relación a las actuaciones del estado fuera de la actividad contractual no se le sanciona tan severamente, las relaciones especiales de sujeción, como ya también se explicó están maximizadas para quienes en el ejercicio de sus funciones realizan la contratación estatal, pues no solo se sanciona severamente a quien actúa con dolo si no igualmente a quien por un error o conducta negligente o simplemente al atender prontamente necesidades que no dan espera, pasa por alto requisitos puramente formales y que al dejar de cumplirlos o aplicarlos se hace acreedor de consecuencias disciplinarias y penales.

Como veremos en los ejemplos que a continuación traigo a colación, existen circunstancias de la experiencia en las que al dejar de atender requisitos puramente formales se incurrieron en faltas disciplinarias y en las que en principio se impusieron sanciones pese a que se estaba atendiendo la prestación de servicios como la salud y la salubridad públicas que eran de

inmediata atención, que no daban espera al cumplimiento de trámites engorrosos que dificultaban la atención de esas necesidades.

El primer caso es el expuesto en el fallo de archivo emitido por la Procuraduría Segunda Delegada para la vigilancia administrativa (Radicación 2009, 97077), en este caso se puede observar como ante la imposibilidad por parte del Municipio de Puerto Carreño en cabeza de la administración del Alcalde para el año de 2008 de contratar la ejecución de una obra de la construcción de unas barreras perimetrales en el matadero Municipal ante el condicionamiento de cumplir con los compromisos adquiridos con la entidad sanitaria Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA y con otras entidades como medida de carácter preventivo con recursos del mismo Municipio.

Como se indicaba párrafos atrás, los Municipios para contratar y ejecutar recursos no son autónomos pues siempre requieren de la autorización del concejo Municipal lo que implica el filtro por diferentes tramites y decisiones que muchas veces impiden la atención de las necesidades prioritarias de manera oportuna ante la ocurrencia de emergencias como en el presente caso, cuya problemática de carácter sanitario se originaba en el cierre del matadero y con la omisión de construir ese cerco perimetral fue constitutiva de falta disciplinaria en principio y finalmente gracias a la ausencia de ilicitud sustancial no fue sancionada y en su lugar fue archivada.

Sin embargo y pese a que en el caso bajo estudio no hubo sanción definitiva, se plantea una hipótesis, seguramente si el funcionario hubiese contratado la construcción de dichas barreras perimetrales con la ausencia de requisitos formales como la aprobación de un presupuesto para poder llevar a cabo dichas obras, si por la urgencia que implicaba el abrir nuevamente el

matadero se hubiera obviado el trámite propio de este tipo de contratación cual es la licitación pública por la premura del tiempo y por las exigencias a cumplir en corto plazo, se hubiera igualmente investigado y también sancionado por las faltas establecida en el artículo 48 de la Ley 734 de 2002 numerales 31 y 33 y también posiblemente hubiera sido investigado por la conducta descrita en el Artículo 210 del Código Penal referida a la celebración del contrato sin cumplimiento de los requisitos legales. Como se observa el funcionario no tenía muchas alternativas para solucionar este impase, sin embargo, optó por la que menos consecuencias adversas le traía sancionatoriamente hablando.

Otro caso ilustrativo lo encontramos en el fallo de la Procuraduría Primera Delegada (SÁNCHEZ HERRERA Esiquio Manuel, Radicación: 161-2997 (022-77911/02)) en este caso se sanciona en primera instancia a un servidor público con suspensión de quince (15) días por la presunta extralimitación de sus funciones pues en su condición de ordenador el gasto contrató la prestación de servicios de una psicóloga sin la previa expedición de la disponibilidad presupuestal para atender este compromiso desconociendo con eso lo ordenado por el numeral 6° del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y lo señalado en el artículo 71 del Decreto 111 de 1996, frente a lo cual el funcionario disciplinado adujo que por el cumplimiento de varios trámites para la expedición del CDP que implicaba con seguridad bastante demora ya que se debía entre otras cosas expedir con la versión más reciente del aplicativo de la resolución 36, para la generación del Certificado de Disponibilidad presupuestal lo que por supuesto truncaba la continuidad del servicio que se venía prestando y que era de vital importancia en el entendido de que al aplazarlo por trámites puramente formales podía vulnerar los derechos fundamentales a la salud mental en conexidad con la vida de los soldados, suboficiales y oficiales que laboraban en ese batallón máxime cuando tal como lo resalto la corporación en este fallo ...”

La prestación del servicio de psicología en el Batallón de Artillería No. 13 General Fernando Landazabal Reyes para el personal uniformado asignado al mismo, obligación a cargo del

Estado, personificada en el disciplinado dada su condición de ordenador del gasto, no se podía suspender porque con ello se ponía en riesgo la salud y posiblemente la vida de dicho personal, y por ende se desconocía la obligación constitucional de defender y proteger los derechos fundamentales, el cual no podía ceder para el cumplimiento de una formalidad exigida para efectuar la contratación como lo era el certificado de disponibilidad presupuestal, (...)”, (SÁNCHEZ HERRERA Esiquio Manuel. Procuraduría Segunda Delegada. Fallo de Segunda Instancia Radicación: 161-2997 (022-77911/02) Pág. 10-12), (subrayado y comillas fuera del texto original).

Situaciones como las planteadas, confrontan el sometimiento de la contratación estatal al cumplimiento de tantos requisitos formales que como se mencionó, terminan dificultando la materialización de los valores superiores de rango constitucional con lo que se enfatiza que muchas veces el estado necesita apartarse de la formalidades en procura de efectivizar derechos tales con la salud, la paz, la convivencia y la misma vida.

## **Conclusiones**

En consecuencia, y una vez revisadas algunas perspectivas concernientes a la contratación estatal principalmente la relacionada con el papel que esta desempeña en el cumplimiento de los fines del estado y los mismos límites que está en algunos eventos coloca para la consecución de estos últimos nos quedan varios puntos como reflexión a saber, los cuales desglosaré a continuación:



La contratación estatal ha sufrido significativos cambios a través de la evolución del estado y las instituciones que lo componen y en esa transformación se han creado leyes, normas y decretos reglamentarios cuyos preceptos han estado dirigidos principalmente a incluir un sinnúmero de requisitos formales tanto para las entidades contratantes como para las personas que aspiren contratar con el estado y sus entidades, situación que ha dificultado por una parte la pronta y oportuna atención de las necesidades básicas de los ciudadanos y por otra la facilidad en el acceso de oportunidades a todos los ciudadanos para participar de los procesos contractuales “públicos”, demostrando con ello que prima más lo formal sobre lo sustancial.

El sinnúmero de requisitos aun cuando nacen de la necesidad del estado en procurar que sus actuaciones sean transparentes y libres de corrupción, que se manejen los recursos públicos de la manera más pulcra posible han sido insuficientes en atender a esa necesidad, no han logrado realmente frenar hechos de corrupción y por el contrario si han limitado que todos los ciudadanos puedan si quiera aspirar a contratar con el estado.

En materia sancionatoria el Derecho Penal y Disciplinario principalmente, se han encargado de castigar más rigurosamente las actuaciones u omisiones de los funcionarios públicos y/o particulares que ejercen la función pública en el desempeño de la actividad contractual, lo demuestra el hecho de que el capítulo de faltas gravísimas señalado en la Ley 734 de 2000, está dirigido principalmente a hechos emanados de la contratación estatal, situación que a su vez también dificulta el cumplimiento de los fines estatales dentro de ese contexto, pues el funcionario por temor a no recaer en una falta disciplinario puede limitar su actuar en determinadas circunstancias como lo se veía en los casos expuestos.

El someter la contratación pública a la aprobación de los entes de control político, igualmente dificulta la atención de las necesidades públicas pues conlleva a dilaciones, demoras y más formalismos que impiden la pronta actuación del estado a través de la ejecución de los programas o proyectos dirigidos a darle cumplimiento a las metas establecidas en la plan de desarrollo y planes de gobierno de las diferentes entidades territoriales, resaltando el hecho de que finalmente en estos es donde se encuentran inmersos los fines del estado. Lo anterior sin dejar de mencionar que evidentemente al mismo tiempo este condicionamiento puede generar mayores actos de corrupción en el sentido de que las entidades territoriales en su afán de contar con esa anuencia para contratar pueden llegar a recaer en la negociación de la misma con las corporaciones que ejercen control político.

En lo relativo al volumen de requisitos habilitantes señalados en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Decreto 1082 de 2015 y demás decretos reglamentarios y complementarios, se vislumbra que aun cuanto se ha establecido en la Ley 1150 del 2007 y en algunos pronunciamientos del Consejo de Estado la subsanabilidad dando con ello un paso hacia la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, principio que debería ser preponderante en la contratación estatal, la legislación Colombiana está en la obligación de suprimir normas que dificultan el actuar pronto y eficaz del estado pues además de que la abrumadora normativa en materia contractual, como las leyes, decretos, circulares, guías y manuales generalmente lo que hacen es dar lugar a confusiones en los operadores jurídicos que aplican el estatuto contractual, convierten omisiones de formalismos en faltas disciplinarias y penales susceptibles de severas sanciones, además y lo más significativo truncan el correcto desempeño de la función administrativa en cumplimiento de los fines del Estado.

Para finalizar, es importante resaltar que en la contratación pública el estado no ha tenido la suficiente eficiencia para frenar la corrupción, en su trivial intento por crear mecanismos que así lo consigan ha entorpecido con la exigencia de tantos formalismos e inclusión tantas sanciones

disciplinarias y penales, el cumplimiento de los fines del estado a través de la contratación de bienes y servicios dirigidos a atender las necesidades aun primarias de los ciudadanos, así como garantizar la prosperidad económica de sus habitantes y el acceso de los mismos a la administración.

Por el contrario, lejos de ser un ente que atienda los requerimientos que la sociedad demanda de manera pronta oportuna y eficaz continua siendo un espacio en el que la burocracia e intereses particulares siguen reinando por encima de los colectivos y en la que la normatividad en materia contractual no genera reales y efectivos mecanismos que logren llevar por lo menos al equilibrio entre las necesidades que requieren ser atendidas en el marco del desarrollo de los fines del estado y el cumplimiento de los principios de transparencia, objetividad y responsabilidad sobre los cuales reposa la rigurosidad en la contratación estatal.

## BIBLIOGRAFIA

### Fuentes

ATEHORTUA RÍOS, C. A., HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, A. E., & OSPINA M, J. M. (2010). *Temas en Contratos Estatales*. Medellín: Biblioteca Jurídica.

Ley 136 de 1994. (1234). *fihuty*, 6.

MEJÍA OSSMAN, J. (2014). *Derecho Disciplinario Sustancial, Especial y Formal*. Bogotá D.C.: Doctrina y Ley.

ROA SALGUERO, D. A. (2009). *La falta disciplinaria en la contratación estatal: conforme a la ley 1150 de 2007 y el decreto 2474 de 2008*. Bogotá D.C: Ediciones Jurídica.

VEGA DE HERRERA, M., & ORDOÑEZ MALDONADO, A. (1999). *Contratación Estatal*. Bogotá D.C.: Temis.

Ley 80 de 1993, “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”

Ley 1150 de 2007, “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”. Reglamentada parcialmente por los Decretos Nacionales 066 y 2474 de

2008, Reglamentada por el Decreto Nacional 2473 de 2010, Reglamentada por el Decreto Nacional 734 de 2012.

Decreto 1082 de 2015, "por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional"

Ley 734 de 2002, "Por la cual se expide el Código Disciplinario Único".

Ley 599 de 2000 "Por la cual se expide el Código Penal".

Decreto 111 de 1996 "Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el estatuto orgánico del presupuesto".

Ley 1437 de 2011 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo".

Ley 1551 de 2012 "Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios".

Ley 610 de 2000 "Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías".

Colombia Compra Eficiente "Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación", Septiembre de 2014.

Fallo de la Procuraduría Primera Delegada Radicación 2009-97077 Ponente: Dr. ESIQUIO MANUEL SÁNCHEZ HERRERA.

Fallo de la Procuraduría Segunda Delegada. F Radicación: 161-2997 (022-77911/02) P.D. Ponente: Dr. ESIQUIO MANUEL SÁNCHEZ HERRERA.

Corte Constitucional. Sentencia C-893/03, Exp. D-4452. M.P. Doctor. ALFREDO BELTRÁN SIERRA, 7 de octubre de 2003.

Corte Constitucional. Sentencia C-104/04, Exp. D-4693. M.P. Doctora. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, 10 de febrero de 2004.

Corte Constitucional. Sentencia C-818/05, Exp. D-5521. M.P. Doctor. RODRIGO ESCOBAR GIL, 09 de agosto de 2005.

COPIA CONTROLADA